

UNIVERSIDADE PRESBITERIANA MACKENZIE

JÚLIA CALDINI

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS EFEITOS NO
DIREITO SUCESSÓRIO

São Paulo

2022

JÚLIA CALDINI

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

ORIENTADOR: PROF. MS. NUNCIO THEOPHILO NETO

São Paulo

2022

JÚLIA CALDINI

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS EFEITOS NO DIREITO
SUCESSÓRIO

Trabalho de Graduação Interdisciplinar
apresentado como requisito para obtenção do
título de Bacharel no Curso de Direito da
Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Aprovada em:

BANCA EXAMINADORA

Examinador(a):

Examinador(a):

Examinador(a):

REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM* E OS EFEITOS NO DIREITO SUCESSÓRIO

Júlia Caldini

Resumo: A evolução da medicina e da ciência biomédica criaram novas formas de reprodução humana assistida, ajudando casais que possuem alguma patologia a realizarem o sonho de gerar uma vida. Além disso, possibilitou também que esse sonho não fosse encerrado com eventual morte do marido ou companheiro, pois devido a técnicas de criopreservação do material genético, é possível a inseminação *post mortem*. Apesar da técnica ser permitida, mediante autorização expressa em vida, a legislação brasileira ainda é muito escassa sobre o tema, o que gera uma certa insegurança jurídica, principalmente sobre os efeitos sucessórios do nascimento de uma criança gerada através da reprodução assistida *post mortem*.

Palavras Chaves: reprodução assistida; *post mortem*; direito sucessório; abertura da sucessão; legitimidade para herdar.

Abstract: The evolution of medicine and biomedical science have created new forms of assisted human reproduction, helping couples who have some pathology to realize the dream of generating a life. Moreover, it has also made it possible that this dream does not end with the eventual death of the husband or partner, because due to genetic material cryopreservation techniques, *post-mortem* insemination is possible. Although the technique is allowed, upon express authorization in life, the Brazilian legislation is still very scarce on the subject, which generates a certain legal uncertainty, especially about the succession effects of the birth of a child generated through *post-mortem* assisted reproduction.

Key Words: assisted reproduction; *post-mortem*; succession law; opening of succession; legitimacy to inherit.

Sumário: 1. Introdução. 2. Princípios. 2.1. 2.1. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. 2.2. Princípio do Livre Planejamento Familiar e Paternidade Responsável. 2.3. Princípio da igualdade entre os filhos. 3. Reprodução Humana Assistida. 3.1. Conceito. 3.2. Reprodução

Humana Assistida *Post Mortem*. 4. Direito À Filiação. 4.1. A Presunção de Paternidade do Artigo 1.597 do Código Civil. 5. Reflexos No Direito Sucessório Da Reprodução Humana Assistida *Post Mortem*. 5.1. Abertura da sucessão e princípio da saisine. 5.2. Vocação hereditária. 5.3. Legitimação para suceder. 5.4. Direito à Sucessão do Nascido Por Reprodução Humana Assistida *Post Mortem*. 6. Limite Temporal Para A Reprodução Assistida *Post Mortem*. 7. Conclusão. Referências.

1. INTRODUÇÃO

É certo que com a evolução da ciência médica foram criadas novas técnicas que facilitaram a fecundação e reprodução humana, atualmente casais que não conseguem engravidar de maneira natural por possuírem qualquer problema reprodutivo, podem recorrer a técnicas de reprodução humana assistida, não estando mais impossibilitados de constituírem sua prole, como no passado.

Além disso, também devido aos avanços da ciência, hoje é possibilitado ao casal armazenar o material genético e escolher o melhor momento em que desejam implantá-lo, não estando mais sujeitos a planejarem uma gravidez em uma situação em que escolheriam postergar se não fosse o avanço da idade da mulher, uma vez que quanto mais velha a mulher for, mais dificuldade apresentará para engravidar naturalmente.

Dentre as técnicas existentes de reprodução humana assistida, o presente trabalho irá focar na fertilização *in vitro* homóloga. Nela, o embrião formado com o espermatozoide do pai e o óvulo da mãe é implantado no útero da genitora, sendo assim o material genético pertence ao casal.

Ocorre que dependendo do momento em que esse embrião for implantado pode acarretar diversas consequências e discussões jurídicas, por exemplo, caso seja implantado após a morte do genitor, a chamada fertilização *in vitro post mortem*.

Devido ao crescente número de pessoas que utilizam essa técnica, questões relacionadas ao direito de filiação e o direito sucessório dos nascidos por reprodução humana assistida *post mortem* vem sendo uma fonte de discussão no direito, tendo em vista que ainda não há regulamentação da matéria na legislação vigente.

É esse caso em específico que será tratado no presente trabalho, será feita análise jurídica dos aspectos que envolvem essa técnica, bem como as suas consequências no direito familiar e, sobretudo, no direito sucessório.

2. PRINCÍPIOS

É certo que os princípios possuem uma extrema importância no ordenamento jurídico, uma vez que constituem uma das fontes do direito e em muitos casos são utilizados como base para as decisões dos juízes, sobretudo quando a lei é omissa em determinados casos. Nesse sentido, observa-se a alta aplicabilidade dos princípios constitucionais, pois equivalente as normas jurídicas, possuem eficácia jurídica plena.

Sendo assim, não restam dúvidas a respeito da importância do estudo de alguns princípios constitucionais no presente trabalho, principalmente daqueles que se relacionam com a reprodução humana assistida *post mortem*, uma vez que toda decisão de juízes acerca do tema deve ser amparada por princípios, já que o tema não possui uma legislação específica.

2.1. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹, o princípio da dignidade humana é um dos principais princípios constitucionais previstos no ordenamento jurídico e atua como condutor dos demais, bem como de todas as relações jurídicas e normas brasileiras.

Essa importância se dá, principalmente, pois tal princípio é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, a dignidade passa a ser um atributo da pessoa, esta inerente a ela e deve ser garantida desde o momento de sua concepção até o término da vida.

Nesse sentido, o Direito de Família também deve observar o princípio da dignidade humana, Rodrigo da Cunha Pereira dispõe o seguinte a respeito do tema²:

O princípio da dignidade humana significa para o Direito de Família a consideração e o respeito à autonomia dos sujeitos e à sua liberdade. Significa, em primeira e última análise, uma igual dignidade para todas as entidades familiares. Neste sentido, podemos dizer que é indigno dar tratamento diferenciado às várias formas de filiação ou aos vários tipos de constituição de família.

Logo, é certo que tal princípio deve ser observado também nos casos de reprodução humana assistida. Ao passo que o avanço das técnicas científicas fez com que muitos casais que

¹ Artigo 1º, III: A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

(BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

² PEREIRA, Rodrigo da C. *Direito das Famílias*. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p.85. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/>. Acesso em: 02 out. 2022.

antes não podiam ter filhos, conseguissem gerar uma vida, surge, entretanto, uma certa insegurança jurídica, pois infelizmente a ciência jurídica não é tão rápida como a medicina e a engenharia genética, então existem algumas omissões legislativas, que por sua vez podem ocasionar discussões polêmicas na ordem jurídica, ética e moral que violam o princípio da dignidade humana.

Percebe-se, portanto, que devido a essas omissões legislativas, é necessário que a biologia e a medicina tenham uma relação harmônica com o princípio e tenham ele como um condutor e parâmetro, já que se trata de um direito fundamental e é inerente a toda e qualquer pessoa responsável por assegurar um sistema livre de abusos, no qual seja possível desenvolver uma vida saudável.

2.2. PRINCÍPIO DO LIVRE PLANEJAMENTO FAMILIAR E PATERNIDADE RESPONSÁVEL

Previsto no parágrafo segundo do artigo 1.565 Código Civil³, bem como no parágrafo sétimo do artigo 226 da Constituição Federal⁴, o princípio do livre planejamento familiar consiste na livre decisão do casal de planejar sobre a formação de sua própria família, devendo o Estado não interferir nessa decisão e apenas propiciar os recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito. Dessa forma, é estritamente proibido que o Estado ou instituições privadas exerçam qualquer tipo de coerção, seja para que o casal tenha filhos, ou que tenha determinado número de filhos, bem como não tenha.

Naturalmente, caso a mulher queira ter filhos, ela sofre uma coerção biológica para que engravide até uma determinada idade, uma vez que a vida fértil da mulher começa a diminuir após a faixa dos 30 a 35 anos. Dessa forma, ao estarem nessa faixa de idade, muitas mulheres enfrentam um debate interno se desejam engravidar ou não naquele momento. Nesse sentido, as técnicas de reprodução assistida funcionam também como uma possibilidade para que aquela

³Artigo 1.565, §2º: Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família.

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas.

(BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

⁴Artigo 226, §7º: A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

(BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

mulher que não deseja ter filho em sua idade considerada fértil tenha posteriormente. Logo, as técnicas são uma ótima ferramenta para as mulheres exercerem e garantirem o princípio do livre planejamento familiar, uma vez que possibilitam que o casal escolha em que momento desejam constituir uma família, sem que haja a pressão biológica.

Nesse mesmo ponto de vista, princípio da paternidade responsável, previsto nos artigos 226, parágrafo 7^{o5} e 227⁶ da Constituição Federal, bem como no artigo 27 do Estatuto da Criança e do Adolescente⁷, está diretamente relacionado com o princípio do livre planejamento familiar e consiste no dever que os pais possuem de zelar pela vida de seus filhos desde a sua concepção, bem como proteger a sua integridade física e mental.

Na medida em que na atual sociedade brasileira um casal é livre para exercer o seu planejamento familiar, no momento em que decide ter um filho e esse é concebido, o casal passa a ser responsável por aquela criança, sobretudo durante a sua formação, devendo garantir a sua dignidade. Sendo assim, a partir da concepção é possível exigir dos pais todo o esforço e dedicação na criação de seu filho.

Dessa forma, é de suma importância o estudo desses princípios para o presente trabalho, dado que possibilitam que a vontade de um casal de ter um filho seja concretizada ainda que o homem já tenha falecido, pois assim estar-se-ia garantindo o princípio do livre planejamento familiar e da paternidade responsável.

2.3. PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS FILHOS

O Código Civil de 1916 trazia uma clara distinção entre os filhos havidos dentro e fora do casamento, o capítulo 4 do mencionado código trazia diversas disposições que desrespeitavam sobretudo o princípio da dignidade humana, por exemplo a vedação do reconhecimento de filhos incestuosos e adulterinos, tratando-os como culpados pelas escolhas de seus genitores.

⁵ Artigo 226, §7º da Constituição Federal. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

⁶ Artigo 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

⁷Artigo, 27: O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça. (BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o *Estatuto da Criança e do Adolescente* e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

Com o advento da Constituição Federal de 1988, e o avanço da sociedade, as estruturas familiares ganharam novas formas, diferentes daquela convencional do casamento entre o homem e a mulher para posteriormente a criação da família legítima

Nesse sentido, pontua Carlos Roberto Gonçalves⁸

Ao longo do século XX, as transformações sociais foram gerando uma sequência de normas que alteraram, gradativamente, a feição do direito de família brasileiro, culminando com o advento da Constituição Federal de 1988. Esta alargou o conceito de família, passando a integrá-lo as relações monoparentais, de um pai com os seus filhos.

Percebe-se, portanto, que a Constituição Federal de 1988 passou a admitir dois novos institutos, que até então não eram reconhecidos, a família constituída a partir da união estável e a formada por pais que não possuem relação afetiva.

Assim, pontua Rolf Madaleno que o interesse dos filhos, sua cidadania e dignidade humana passaram a ser observados e elevados a fundamento da República Federativa do Brasil e do Estado de Direito, não se admitindo discutir e os diferenciar pela origem⁹.

Dessa maneira, o artigo 227, parágrafo 6º da Constituição Federal¹⁰ assegurou a igualdade entre os filhos, não importa mais a origem dos filhos, se foram havidos em um casamento legítimo, ou fora dele, ou em qualquer outra circunstância, a partir desse momento passaram a ser tratados com isonomia, sendo assim possuem direitos e qualificações iguais.

Nesse sentido, é importante ressaltar que essa igualdade entre os filhos deve ser estendida também para aqueles gerados por reprodução humana assistida, não podendo ser admitida qualquer limitação na isonomia entre os filhos. Neste seguimento, pontua Ana Cláudia Scalquette¹¹:

⁸ GONÇALVES, Carlos R. *Direito Civil Brasileiro - Direito de Família*. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 11. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/978655590210/>. Acesso em: 02 out. 2022.

⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p.84. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 out. 2022.

¹⁰ Artigo 227, §6º: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§6º: Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

(BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

¹¹ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. *Estatuto da Reprodução Assistida*. São Paulo: Saraiva, 2012. p.302.

Parece-nos, sobretudo, que também é missão que garante o tratamento equânime a busca de soluções ao impasse jurídico que se formou em torno do possível nascimento de filhos decorrentes de reprodução artificial, sob pena de categorizarmos novamente os filhos, protegendo uns em detrimento dos outros. A igualdade jurídica dos filhos atende ao princípio maior da dignidade da pessoa humana(...)

Assim, qualquer conflito jurídico que surja a partir da reprodução humana assistida, deve-se considerar que o filho gerado a partir dessa possui os mesmos direitos e qualificações do que um filho gerado pelo método convencional, com o objetivo de assegurar a isonomia prevista constitucionalmente.

3. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA

3.1. CONCEITO

Maria Helena Diniz conceitua muito bem a reprodução humana assistida ao dizer que é um conjunto de técnicas para unir de forma artificial os gametas masculino e feminino, com o intuito de dar a vida a um novo ser humano¹²

As duas principais técnicas são a inseminação artificial e a fertilização *in vitro*, Ana Cláudia Silva Scalquette aponta a diferença entre ambas¹³:

Na inseminação o sêmem do homem é colocado diretamente no corpo da mulher, sem que haja a manipulação dos gametas femininos, enquanto na fertilização os médicos promovem o encontro do óvulo com o espermatozoide *in vitro*, manipulando, obrigatoriamente, os dois gametas – masculino e feminino – (...) com a posterior transferência dos embriões para a cavidade uterina.

Nesse sentido, o presente trabalho irá focar na técnica da reprodução humana assistida através da fertilização *in vitro*. Está pode ocorrer de forma ser homóloga, conforme explica Carlos Alexandre de Moraes¹⁴:

A formação do embrião humano é realizada em laboratório, os gametas utilizados são do casal, após a fecundação *in vitro*, e o embrião ou os embriões são transferidos para o útero da mulher que forneceu o óvulo, de forma que a paternidade e a maternidade biológicas coincidem com a legal.

¹² DINIZ, Maria Helena. *O Estado Atual do Biodireito*. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

¹³ SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. *Biotechnologia, Biodireito e Liberdades Individuais: novas fronteiras da ciência jurídica*. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. v.01

¹⁴ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida*. 1ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. p.76. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Último acesso em: 10 nov. 2022.

Ou então, pode ser de forma heteróloga, ainda nas palavras de Carlos Alexandre de Moraes¹⁵:

Ocorre a fertilização in vitro heteróloga quando os gametas utilizados (sêmen e/ou óvulo) não pertencem ao casal ou companheiros que serão beneficiados, podendo ocorrer de pelo menos três formas: quando o sêmen utilizado é de terceira pessoa que não o cônjuge ou companheiro e o óvulo é da mulher que será fertilizada; quando o sêmen utilizado é do cônjuge ou companheiro e o óvulo não é da mulher que será fertilizada; e quando tanto o sêmen quanto o óvulo utilizados foram doados por terceiros para a formação do embrião, o qual será implantado em outra mulher.

Apesar das técnicas de reprodução humana assistida serem extremamente relevantes para a sociedade de hoje em dia, o Brasil não possui uma legislação específica sobre o tema e o Código Civil não aborda diversos assuntos que surgiram com o avanço das técnicas de reprodução, por exemplo: Qual seria o destino dos embriões excedentários? Qual o tempo de conservação permitido dos embriões excedentários? Há possibilidade de pagamento por uma gestação no útero de outra mulher? O filho implantado após a morte de seu genitor possui direito sucessório?

Nesse sentido, percebe-se que há diversas lacunas no ordenamento jurídico e que muitas vezes não existe uma resposta para a questão, por conta disso é de suma importância o estudo do tema a partir de um viés jurídico e que sejam estabelecidos critérios para que se respeite princípios e deveres legais.

O presente trabalho foca no último questionamento feito, a respeito da reprodução assistida *post mortem* e as suas consequências no direito sucessório.

3.2. REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

A evolução da medicina e da biotecnologia trouxeram grandes avanços para as técnicas de reprodução humana assistida, conforme já mencionado, um dos pontos mais importantes dessa evolução está nas técnicas de criopreservação, que possibilitam o armazenamento de óvulos, sêmens e embriões por longos períodos.

Consequentemente, a fertilização artificial *post mortem* se tornou possível no âmbito da ciência e da medicina, uma vez que podendo ser armazenado por longos períodos, a esposa ou companheira pode utilizar o material genético criopreservado do marido ou companheiro, ainda que após o seu falecimento.

¹⁵ MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida*. 1ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. p.77. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Último acesso em: 10 nov. 2022.

O Código Civil de 2002, em seu artigo 1.597, inciso III, trata sobre essa possibilidade, vejamos¹⁶:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
(...)
III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

Dessa forma, o legislador inova ao tratar no mencionado inciso sobre a possibilidade de a reprodução assistida homóloga ocorrer ainda que depois do falecimento do marido. Entretanto, surgem diversos debates doutrinários acerca deste tema, sobre a constitucionalidade ou não do inciso e sobre ser plausível ou não, juridicamente, a utilização da mencionada técnica de reprodução.

A primeira corrente a ser tratada, entende não ser possível a utilização da técnica de reprodução assistida homóloga após o falecimento do marido ou companheiro.

Nesse sentido, o jurista Guilherme Calmon Nogueira Da Gama afirma que ainda que o falecido tenha deixado em vida uma vontade expressa para que a esposa ou companheira utilizasse seu material genético após sua morte, o direito brasileiro, ao menos no estágio atual que regulamenta essa matéria, não admite o acesso da mulher às técnicas de reprodução assistida homóloga nessas circunstâncias, uma vez que, ainda segundo o jurista, afronta os princípios da igualdade entre os filhos, visto que o nascido por meio da técnica de reprodução não terá a possibilidade de convivência paterna, bem como o princípio da paternidade responsável, vez que esse não poderá ser exercido por um dos pais¹⁷.

No entanto, a segunda corrente entende ser plenamente possível a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*, e, conseqüentemente, a monoparentalidade, uma vez que é cada vez mais comum na sociedade atual essa forma de núcleo familiar e não é uma garantia que os princípios da igualdade entre os filhos, paternidade responsável e dignidade da pessoa humana serão respeitados e garantidos apenas pelo fato de a criança nascer com os dois pais vivos. A garantia desses princípios não está relacionada a família biparental, mas sim a como essa criança é tratada no seu núcleo familiar, assim, o amor e o respeito podem advir de uma família monoparental.

¹⁶ Artigo 1.597, III do Código Civil (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

¹⁷ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. 1ed. São Paulo: Renovar, 2003. p.532.

Ainda sobre a segunda corrente, um aspecto extremamente importante a ser observado é o consentimento expresso do de cujos para a utilização do seu material genético em técnicas de reprodução assistida após o seu falecimento. Ainda que não haja uma previsão expressa na lei brasileira sobre a necessidade da autorização expressa do falecido, doutrinadores que entendem ser possível a reprodução assistida *post mortem* enxergam o consentimento em vida como o principal requisito para o reconhecimento da paternidade.

Nesse sentido, Paulo Lobo entende que a necessidade da autorização expressa do falecido decorre do princípio da autonomia da vontade, uma vez que a paternidade deve ser consentida, afirma o autor que caso a viúva utilize o material genético do falecido marido ou companheiro, essa utilização deve ser equiparada à utilização de material proveniente de um doador anônimo¹⁸, justamente para respeitar os princípios da paternidade responsável e da dignidade da pessoa humana.

Com o mesmo entendimento, Silmara Juny Chinelato dispõe que não é possível a presunção da vontade do falecido de querer ser pai, assim, em casos em que não há a autorização expressa, entende que o material genético deve ser destruído e sustenta também que caso venha a ser utilizado, deve ser considerado como proveniente de doador anônimo, não surtindo qualquer efeito no direito de família, bem como no direito sucessório¹⁹.

Assim, o Enunciado 106 da I Jornada de Direito Civil, realizada em 2002 no Superior Tribunal de Justiça estabelece que o inciso III do artigo 1597 do Código Civil Brasileiro deve ter o seguinte entendimento²⁰:

Para que seja presumida a paternidade do marido falecido, será obrigatório que a mulher, ao se submeter a uma das técnicas de reprodução assistida com o material genético do falecido, esteja na condição de viúva, sendo obrigatória, ainda, a autorização escrita do marido para que se utilize seu material genético após sua morte.

Ainda que, como mencionado, seja extremamente escassa qualquer regulamentação brasileira sobre o tema, a Resolução nº 2.320 do Conselho Federal de Medicina de 2022, em seu tópico VIII, autoriza a reprodução assistida *post mortem* desde que o falecido tenha deixado

¹⁸ LÔBO, Paulo. *Direito Civil: Famílias*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

¹⁹ MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara J. *Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo*. 15 ed. Barueri: Editora Manole, 2022. p.1467. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555767339/>. Acesso em: 26 out. 2022.

²⁰ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 106. I Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Último acesso em 10 nov. 22

autorização prévia e específica para o uso do material biológico criopreservado²¹. Dessa forma, corrobora também com o entendimento dos doutrinadores que a autorização prévia é indispensável para a utilização da técnica de reprodução.

Sendo assim, é de suma importância que as clínicas de fertilização questionem qual o destino deve ser dado ao material genético caso ocorra o falecimento, tendo isso em vista, o tópico V, 3, da mencionada Resolução nº 2.320²², estabelece que o médico, no momento em que realizar a criopreservação, deve colher a manifestação de vontade, por escrito, do paciente, quanto ao destino a ser dado aos embriões criopreservados em caso de falecimento.

Assim, pode-se dizer que a autorização expressa em vida é um requisito fundamental para a utilização da técnica de reprodução assistida *post mortem*. É de suma importância que realmente funcione como um requisito, pois, conforme já mencionado, há uma insuficiência de regulamentação sobre o tema na legislação brasileira, conseqüentemente, os efeitos jurídicos decorrentes da utilização da técnica ainda são muito conturbados e não são claros, havendo muita divergência doutrinária a respeito.

Nesse sentido, a 4ª Turma do Supremo Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.918.421, em 2021, decidiu pela impossibilidade de implantação de embriões após a morte do cônjuge sem que haja a manifestação em vida inequívoca, expressa e formal do falecido²³.

Tendo isso em vista, o prévio consentimento do falecido cria uma segurança jurídica para todos os envolvidos na relação, principalmente à criança a ser gerada no que tange a paternidade e seu direito de filiação.

4. DIREITO À FILIAÇÃO

4.1. A PRESUNÇÃO DE PATERNIDADE DO ARTIGO 1.597 DO CÓDIGO CIVIL

Ainda que as técnicas de reprodução assistida estejam se popularizando cada vez mais na sociedade brasileira, a legislação referente a esse tema não acompanhou a evolução das técnicas, sendo extremamente escassa, o que abre margem para diversos e questionamentos e brechas legislativas.

²¹ BRASIL. Conselho Federal de Medicina. *Resolução 2.320*, de 20 de setembro 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União; Brasília, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Último acesso em 10 nov. 22

²² *Ibid.*

²³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.918.421, Relator: Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma. Brasília. Julgamento em 08/06/2021. Publicação em 26/08/2021.

Nesse sentido, o artigo 1.597 do Código Civil Brasileiro de 2002, em seus incisos III, IV e V, trata sobre a presunção de paternidade dos filhos nascidos por técnicas de reprodução humana assistida, vejamos²⁴:

Art. 1.597. Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:
 (...)

III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga;

V - havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido.

Observa-se, portanto, que este artigo confere àqueles que nasceram por técnicas de reprodução humana assistida à presunção de paternidade, estabelecendo assim a relação de parentesco entre a criança gerada e o casal.

Ressalta-se, especialmente, o inciso III do mencionado artigo, esse dispositivo legal é o único na legislação brasileira a mencionar a possibilidade da reprodução assistida post morte, e, além disso, reconhecer o direito de filiação da criança gerada por meio dessa técnica.

Tendo isso em vista, o dispositivo nada mais garantiu o princípio do melhor interesse da criança e da dignidade da pessoa humana, pois uma vez que ocorreu o nascimento da criança, essa deverá ser protegida e ter seus direitos respeitados. Além disso, o nascimento da criança é um fato jurídico decorrente da autonomia de vontade das partes, tanto do pai, que voluntariamente se submeteu a procedimentos para extração de seu material genético e a sua criopreservação, quanto da mãe que se submete a diversas intervenções para a implantação do embrião, não sendo possível então privar o fruto desse fato de um direito de sua personalidade.

Dessa forma, Anna Beraldo afirma que mais do que ter a paternidade reconhecida, essa criança deve ter o direito de utilizar o nome familiar, bem como ter o direito à convivência com avôs e demais familiares.²⁵

Importante salientar que para a paternidade ser reconhecida, é extremamente importante e fundamental que o marido ou companheiro tenha deixado em vida uma autorização expressa para a utilização de seu material genético após a sua morte, caso contrário será considerado que o material genético é proveniente de um doador anônimo, conforme Enunciado 106 da I Jornada

²⁴ Artigo 1.597, III, IV e V do Código Civil (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

²⁵ BERALDO, Anna de Moraes Salles. *Reprodução Humana Assistida e sua Aplicação Post mortem*. 1ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 96.

de Direito Civil, realizada em 2002 no Superior Tribunal de Justiça²⁶, como mencionado no capítulo anterior. Não ensejando, dessa forma, nenhuma consequência decorrente da paternidade, seja no âmbito do direito de família, ou no direito sucessório.

Nesse contexto, o provimento número 63 de 2017 do Conselho Nacional de Justiça prevê que a criança concebida por reprodução humana assistida *post mortem* possui o direito de registro e emissão de certidão de nascimento, desde que seja apresentado instrumento particular ou público com firma reconhecida que indique a autorização prévia do falecido para o uso de seu material genético²⁷.

Apesar do artigo 1.597, inciso III garantir a presunção de paternidade daquele que nasceu por reprodução humana assistida *post mortem*²⁸, não disciplina nada acerca dos efeitos que podem ser gerados no direito sucessório, uma vez que o seu genitor já estava falecido no momento do seu nascimento, portanto, a sucessão já estava aberta. Pode-se perceber, portanto, que há uma enorme omissão legislativa sobre esse tema, por isso a suma importância de seu estudo.

5. REFLEXOS NO DIREITO SUCESSÓRIO DA REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

É certo que uma vez nascida uma criança através da reprodução assistida *post mortem*, surgem consequências não só no direito de família, como visto anteriormente, mas também no direito sucessório. Ocorre que, a legislação brasileira deixa um enorme lapso em relação a esse assunto, não existindo ao certo quais consequências são essas, se essa criança também é herdeira, ainda que nascida após o falecimento do pai, ou se não possui esse direito. Tendo isso em vista, é de suma importância entender os aspectos gerais do direito sucessório brasileiro, bem como estudar as diversas correntes doutrinárias sobre esse assunto.

5.1. ABERTURA DA SUCESSÃO E PRINCÍPIO DA *SAISINE*

A abertura da sucessão no ordenamento brasileiro ocorre no momento da morte, ou seja, no exato instante em que alguém morrer estará aberta a sua sucessão e a herança deixada pelo

²⁶ BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Enunciado 106. I Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Último acesso em 10 nov. 22

²⁷ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Provimento nº 63 de 14/11/2017. Disponível em: <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2525>. Último acesso em 10 nov. 22

²⁸ Artigo 1.597, III: Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: III - havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; (BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

de cujos será transmitida aos seus herdeiros, desprende-se essa ideia do artigo 1.784 do Código Civil Brasileiro, vejamos²⁹:

Art. 1.784: Aberta a sucessão, a herança transmite-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários.

Esse artigo reflete o princípio da *saisine*, oriundo do direito francês e um dos princípios mais importantes do direito sucessório, que retrata exatamente essa ideia de que a herança se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários do falecido, no exato instante da abertura da sucessão, impedindo então que o patrimônio deixado pelo de cujos fique sem titular.

Nesse sentido, o ilustre autor Paulo Lobo afirma que o direito brasileiro admite a transmissão automática, uma vez que não há a necessidade de os herdeiros aceitarem ou consentirem com a herança, pois ela ocorre por força de lei no momento da morte do autor da herança, afirma que a essência da legislação brasileira acerca deste tema é que o falecimento de uma pessoa não gere um vazio de titularidade da sobre a herança que foi deixada³⁰.

5.2. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Rolf Madaleno remete a vocação hereditária às pessoas que possuem capacidade legal de suceder o autor da herança, seja pela sucessão legítima, pela sucessão testamentária ou pelas duas espécies ao mesmo tempo³¹.

A sucessão legítima é aquela decorrente da lei, ou seja, a própria lei define a ordem de vocação hereditária. No direito brasileiro os primeiros a serem chamados à sucessão são os descendentes, em concorrência com o cônjuge ou companheiro sobrevivente, caso o falecido não tenha deixado nenhum descendente, os próximos na ordem a serem chamados são os ascendentes, também em concorrência com o cônjuge ou convivente sobrevivência, na falta de ascendentes, é convocado apenas o cônjuge, e caso não exista cônjuge ou companheiro vivo, são convocados os colaterais, ordem está que é definida pelo artigo 1.829 do Código Civil.

Já a sucessão testamentária é proveniente do testamento deixado em vida pelo de cujos, no qual ele declara a sua vontade, definindo qual será o destino de sua herança. Observa-se, no entanto, que a sucessão testamentária não abrange todos os bens do falecido caso este tenha

²⁹ Artigo 1.784 do Código Civil (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

³⁰ LÓBO, Paulo Luiz N. *Direito Civil Volume 6 - Sucessões*. 8ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. p.57. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596809/>. Acesso em: 28 out. 2022.

³¹ MADALENO, Rolf. *Sucessão Legítima*. 2 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 29 out. 2022.

deixado herdeiros necessários. Ou seja, caso parentes em linha reta, cônjuge ou companheiro estejam vivos no momento da abertura da sucessão, apenas a parte denominada disponível poderá ser tratada em testamento.

5.3. LEGITIMAÇÃO PARA SUCEDER

Os artigos 1.798³² e 1.799³³ do Código Civil Brasileiro de 2002 definem aqueles que possuem legitimidade para a sucessão, são esses: 1) as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão, e que, posteriormente, nasçam com vida; 2) na sucessão testamentária, os filhos de pessoas indicadas pelo testador que ainda não foram concebidos, desde que estas estejam vivas no momento da abertura da sucessão; 3) pessoas jurídicas, pela sucessão testamentária também e 4) pessoas jurídicas ainda não existentes, que a organização foi determinada pelo testador na forma de fundação.

Nesse sentido, Paulo Lôbo trata sobre o princípio da coexistência, afirma que é um dos pilares do direito sucessório brasileiro, consiste na necessidade de o herdeiro estar vivo ou ao menos concebido no momento da morte do de cujos³⁴. Ou seja, o herdeiro e o falecido devem coexistir na mesma linha temporal, esse princípio é pautado no artigo 1.798 do Código Civil³⁵, mencionado anteriormente. Dessa forma, entende o autor que aquele que faleceu antes do *de cujos*, ou aquele que ainda não foi concebido no momento de sua morte, não são herdeiros, pois são inexistentes no momento da abertura da sucessão³⁶.

5.4. DIREITO À SUCESSÃO DO NASCIDO POR REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA *POST MORTEM*

É nítido o enorme vazio legislativo existente acerca dos direitos sucessórios daquele que nasceu através de reprodução humana assistida *post mortem*, nesse sentido existem duas correntes que defendem posições divergentes acerca do tema.

³² Artigo 1.798: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

³³ Artigo 1.799: Na sucessão testamentária podem ainda ser chamados a suceder:
I: os filhos, ainda não concebidos, de pessoas indicadas pelo testador, desde que vivas estas ao abrir-se a sucessão;
II: as pessoas jurídicas;
III: as pessoas jurídicas, cuja organização for determinada pelo testador sob a forma de fundação. (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

³⁴ LÔBO, Paulo Luiz N. *Direito Civil Volume 6 - Sucessões*. 8ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596809/>. Acesso em: 28 out. 2022.

³⁵ Código Civil, *op. cit.* Artigo 1.798

³⁶ LÔBO, Paulo Luiz N. *op. cit.*

A primeira corrente é mais conservadora e entende pela impossibilidade da sucessão do filho oriundo da técnica de reprodução *post mortem*. O principal argumento utilizado está, sobretudo, no artigo 1.798³⁷ que prevê que possuem capacidade sucessória aqueles já nascidos ou concebidos no momento em que ocorre a abertura da sucessão. Nesse sentido, aquele que é implantado no útero da mulher após a abertura da sucessão não teria capacidade para herdar.

Argumentam que permitir a sucessão daquele que ainda não foi sequer gerado traz uma insegurança jurídica, uma vez que não seria possível a partilha ser definitiva, já que a qualquer momento um novo herdeiro pode ser concebido.

Nesse sentido, defende Eduardo de Oliveira Leite³⁸:

Quanto à criança concebida por inseminação *post mortem*, ou seja, criança gerada depois do falecimento dos progenitores biológicos, pela utilização de sêmen congelado, é situação anômala, quer no plano do estabelecimento da filiação, quer no direito das sucessões. Nesta hipótese a criança não herdará de seu pai porque não estava concebida no momento da abertura da sucessão. Solução favorável à criança ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios.

Seguindo a mesma linha de raciocínio o jurista Cario Mário da Silva Pereira³⁹:

Não se pode falar em direitos sucessórios daquele que foi concebido por inseminação artificial *post mortem*; reforma legislativa deverá prever tal hipótese, até mesmo para atender ao princípio constitucional da não-discriminação de filhos.

Percebe-se que ambos os juristas dividem a mesma opinião de que o filho concebido por reprodução humana assistida *post mortem* não possui capacidade sucessória, seja ela legítima ou testamentária porque a legislação é clara ao dizer que são herdeiros somente aqueles já concebidos ou vivos. No entanto, não são contra a uma mudança legislativa para que seja possível essa sucessão.

³⁷ Artigo 1.798: Legitimam-se a suceder as pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão. (BRASIL. Código Civil. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

³⁸ LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

³⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p 423.

Com um entendimento um pouco mais flexível o jurista Guilherme Calmon Nogueira Da Gama defende que de fato o filho concebido após a morte do pai não possuirá capacidade para a sucessão legítima, mas admite a possibilidade da sucessão testamentária, vejamos⁴⁰:

(...) no Código Civil de 2002, o artigo 1.799, inciso I, admite o chamamento, na sucessão testamentária, dos filhos ainda não concebidos de pessoas indicadas pelo testador, desde que tais pessoas estejam vivas à época da abertura da sucessão (...) Ao se admitir a possibilidade de disposição testamentária em favor da prole eventual decorrente do recurso às técnicas de reprodução assistida homóloga, deve-se considerar que o tratamento é diferenciado, no campo sucessório, entre os filhos, já que ao menos os filhos concebidos após a morte do pai somente poderão herdar na sucessão testamentária, e não na sucessão legítima.

Já em relação a segunda corrente doutrinária, essa acredita que a sucessão daquele provido pela técnica de reprodução *post mortem* é plenamente possível. Essa corrente é pautada, principalmente, no princípio constitucional da igualdade entre os filhos. Dessa forma, ainda que tenham nascidos por técnicas diferentes, aquele que nasceu através da reprodução humana assistida *post mortem* não pode ter um tratamento diferente daquele que nasceu pela via natural. Nesse sentido, não é exequível que uma legislação infraconstitucional contrarie um princípio constitucional.

Além disso, diante da necessidade de autorização expressa dada em vida pelo de cujos para que a técnica se realize, um dos argumentos dessa corrente é que a vontade do falecido deve ser respeitada e, conseqüentemente, reconhecida a capacidade de suceder de seu filho.

Nesse sentido, expressa Maria Berenice Dias⁴¹:

Na concepção homóloga, não se pode simplesmente reconhecer que a morte opere a revogação do consentimento e impõe a destruição do material genético que se encontra armazenado. O projeto parental iniciou-se durante a vida, o que legaliza e legitima a inseminação *post mortem*. A norma constitucional que consagra a igualdade da filiação não traz qualquer exceção. Assim, presume-se a paternidade do filho biológico concebido depois do falecimento de um dos genitores. Ao nascer ocupa a primeira classe dos herdeiros necessários.

Ainda, Carlos Alexandre Moraes dispõe⁴²:

⁴⁰ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*. 1ed. São Paulo: Renovar, 2003.

⁴¹ DIAS, Maria Berenice. *Manual de Direito Das Famílias*. 15ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

⁴² MORAES, Carlos Alexandre. *Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida*. 1ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. p.76. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Último acesso em: 10 nov. 2022.

A pergunta a ser feita é a seguinte: ‘Trata-se de filho do de cujus?’ Se a resposta for positiva, pouco importa se sua origem é natural ou artificial, porque, se foi concebido ou se nasceu anterior ou posteriormente à morte do pai, estar-se-á diante da figura de um filho, e, assim sendo, ele é herdeiro caso exista patrimônio a ser partilhado.

Ademais, defendendo a possibilidade de o concebido por técnicas de reprodução *post mortem*, estabelece a Professora Giselda Maria Fernandes Hironaka⁴³:

...a inseminação *post mortem*, operar-se-á o vínculo parental de filiação, com todas as consequências daí resultantes, conforme a regra basilar da Constituição Federal, pelo seu art. 226, § 6º, incluindo os direitos sucessórios relativamente à herança do pai falecido.

Percebe-se, portanto, que todos os doutrinadores defendem a possibilidade de sucessão pautado, sobretudo no direito constitucional de igualdade entre os filhos e no respeito a vontade expressa pelo de cujos em vida.

Dessa forma, Luiz Paulo Vieira Carvalho entende que caso a reprodução ocorra após a abertura da sucessão, ainda que já tenha ocorrido o inventário e a partilha em relação aos herdeiros vivos no momento da abertura, é plenamente possível que o concebido *post mortem* ajuíze uma ação de petição de herança, com a consequente nulidade da partilha, uma vez que anteriormente não existia⁴⁴.

6. LIMITE TEMPORAL PARA A REPRODUÇÃO ASSISTIDA *POST MORTEM*

Como uma forma de tentar superar o vácuo legislativo a respeito desse tema, sobretudo em relação aos efeitos sucessórios daquele nascido por reprodução assistida *post mortem*, existem diversos projetos de lei que tramitam na Câmara dos Deputados ou no Senado Federal a respeito do tema.

Há vinte e três anos tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei 90/1999⁴⁵ que dispõe sobre a reprodução humana, com o objetivo de regular a aplicação e definir os efeitos

⁴³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões*. 2007. Disponível em:

<https://ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es%2A>. Acesso em: 31 out. 22

⁴⁴ CARVALHO, Luiz Paulo Vieira D. *Direito das Sucessões*. 4ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/>. Acesso em: 31 out. 2022. p.203.

⁴⁵ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 90/1999, de 09 de março de 1999 que dispõe sobre a Reprodução Assistida. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>. Último acesso em 10 nov. 22

da utilização das técnicas de reprodução humana assistida, ocorre que a proposta aguarda aprovação há mais de vinte anos e com isso tornou-se defasada e desatualizada. Sendo assim, em setembro de 2021 foi aprovado um requerimento para a realização de uma audiência pública com o objetivo de debater as normas e efeitos do procedimento.

Além disso, merece destaque também o Projeto de Lei 115/15⁴⁶, que atualmente aguarda apreciação do Plenário, esse visa instituir um Estatuto da Reprodução Humana Assistida, dispondo ser possível a utilização das técnicas de reprodução assistida *post mortem*, sendo exigido apenas o consentimento do falecido expresso em vida.

Importante ressaltar o Projeto de Lei 749/11⁴⁷, o qual visa incluir um parágrafo único no artigo 1.597 do Código Civil para estabelecer que a reprodução humana assistida *post mortem* somente poderá ser feita pela esposa ou companheira mediante existência de autorização expressa do de cujos e no prazo de até doze meses após o óbito.

Nesse sentido, pode-se perceber que o projeto mencionado anteriormente estabelece um prazo para que a mulher implante o embrião após o falecimento do marido ou companheiro. De fato, no ordenamento jurídico brasileiro atual não há qualquer previsão que estabeleça um limite temporal para que a técnica seja praticada pela esposa ou companheira, o que de fato gera uma insegurança jurídica, sobretudo em relação ao direito sucessório, tanto do filho advindo da reprodução humana assistida, quanto dos demais herdeiros.

Carlos Cavalcanti De Albuquerque Filho sugere que seja aplicado, por analogia, o prazo de dois anos após a abertura da sucessão estabelecido pelo parágrafo quarto do artigo 1.800 do Código Civil Brasileiro para o nascimento dos filhos de pessoas indicadas pelo testador, caso contrário deixaria de possuir qualquer direito sucessório em relação a herança deixada pelo pai⁴⁸.

Embora com um prazo um pouco mais curto, essa foi uma solução encontrada pelo direito espanhol, Rolf Madaleno expõe que na Espanha, só se admite a presunção de paternidade daquele que nasceu através de técnicas de reprodução humana assistida *post mortem*, se a

⁴⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 115/15, de 03 de fevereiro de 2015 que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kxyr4r4ac2z7ps5g0a8oyjaw508367.node0?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Último acesso em 10 nov. 22

⁴⁷ BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 749/11, de 21 de dezembro de 2011 que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil -, para dispor sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3786115&ts=1630426542814&disposition=inline>. Último acesso em 10 nov. 22

⁴⁸ ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. *Fecundação artificial post mortem e o direito sucessório*: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Thompson, 2006.

inseminação ocorrer dentro de seis meses após o falecimento do marido ou companheiro⁴⁹. Percebe-se, portanto, que a fixação de um tempo limite para a utilização das técnicas de reprodução traz uma segurança jurídica, pois os demais herdeiros do de cujos estão cientes de que pode haver o nascimento de mais um herdeiro até determinada data.

Ademais, essa solução também é discutida no direito argentino, a ilustre doutrinadora argentina Adriana Noemi Krasnow expõe que o Projeto de Unificação do Código Civil e Comercial Argentino estabelece que se a criança gerada por reprodução assistida *post mortem*, tiver nascido no prazo de quatrocentos e oitenta dias após a morte do falecido, teria essa capacidade sucessória⁵⁰.

Pode-se perceber, portanto, que embora ainda não haja nenhuma previsão legislativa de limitação temporal para que a técnica de reprodução humana assistida seja utilizada, essa é uma tendência que objetiva trazer segurança jurídica a todos os envolvidos.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou tratar sobre os principais pontos que envolvem a reprodução humana assistida *post mortem* e seus efeitos no direito de família e sucessório. Pode-se perceber que o direito, mais uma vez, não acompanhou a evolução das técnicas da medicina, o que gerou um enorme vácuo legislativo em que os efeitos da utilização dessa técnica não são bem definidos.

Consequentemente, essa falta de legislação específica sobre o tema acarreta discussões doutrinárias e divergências de opiniões, sempre amparada por bons argumentos. Sendo assim, é de suma importância que sejam criados dispositivos legais para regular a utilização da técnica de reprodução *post mortem*, mas sobretudo para definir os seus efeitos, especialmente no que se refere ao direito sucessório.

Em relação a possibilidade ou não de se utilizar técnicas de reprodução *post mortem*, entende-se que é plenamente possível um filho ser gerado após o falecimento do pai, desde que o falecido tenha deixado uma autorização prévia, expressa e formal para o procedimento. Nesse sentido, não há como argumentar que nascendo em uma família monoparental os direitos dessa criança não estariam sendo respeitados, bem como que os princípios que visem protegê-la não estariam sendo garantidos, isso porque cada dia é mais comum na sociedade brasileira que núcleos familiares sejam formados de diferentes formas. Dessa forma, conclui-se que a corrente

⁴⁹ MADALENO, Rolf. *Direito de Família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 out. 2022.

⁵⁰ KRASNOW, Adriana Noemi. *Filiación: determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de filiación – Procreación asistida*. Buenos Aires: La Ley, 2006.

doutrinária que defende a necessidade da autorização expressa do falecido para a implantação do seu material genético é a posição mais adequada, pois concilia os direitos e interesses de todos os envolvidos, sopesando os princípios mencionados no decorrer do presente artigo.

Além disso, no que diz respeito aos efeitos no direito de família e no direito sucessório, entende-se que a corrente mais viável, considerando o contexto do ordenamento jurídico atual, é aquela que defende que a paternidade deve ser reconhecida caso, novamente, o falecido tenha deixado autorização expressa para a implantação, pois uma vez que a criança foi gerada, seus direitos devem ser respeitados, bem como a vontade do de cujos, que ansiou pelo seu nascimento e estava consciente da possibilidade desse acontecimento.

Ademais, em relação ao direito sucessório, seus efeitos são mais complexos, pois envolve terceiros, ou seja, outros herdeiros que o falecido deixou e não apenas os envolvidos no nascimento de uma criança após a morte do de cujos. Assim, como uma forma de não criar uma insegurança jurídica, a posição mais exequível é a que entende que a criança gerada por reprodução humana assistida *post mortem* possui capacidade sucessória, desde que o seu nascimento ocorra em determinado prazo.

A fixação desse prazo é importante justamente para proteger terceiros que não estão envolvidos na relação, pois caso não seja estabelecido, a partilha nunca seria definitiva, pois a qualquer momento poderia surgir um novo herdeiro e, conseqüentemente, poderia ser declarada nula.

Ressalta-se, por fim, mais uma vez a importância desse tema ser regulado por uma legislação específica, sobretudo para trazer segurança jurídica aos envolvidos na relação, bem como aos que são afetados por ela. Nesse sentido, deve o legislador considerar os princípios constitucionais com o objetivo de trazer um equilíbrio e estabelecer os efeitos que o nascimento de um filho gerado por reprodução assistida *post mortem* pode gerar no direito de família e sucessório.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE FILHO, Carlos Cavalcanti de; PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Fecundação artificial *post mortem* e o direito sucessório**: Anais do V Congresso Brasileiro de Direito de Família. São Paulo: Thompson, 2006.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 115/15**, de 03 de fevereiro de 2015 que institui o Estatuto da Reprodução Assistida, para regular a aplicação e utilização das técnicas de reprodução humana assistida e seus efeitos no âmbito das relações civis sociais. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node0kxyr4r4ac2z7ps5g0a8oyjaw508367.node0?codteor=1296985&filename=PL+115/2015. Último acesso em 10 nov. 22

BRASIL. **Código Civil**. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. **Enunciado 106**. I Jornada de Direito Civil. Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/737>. Último acesso em 10 nov. 22

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. **Resolução 2.320**, de 20 de setembro 2022. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida. Diário Oficial da União; Brasília, 2022. Disponível em: <https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2320>. Último acesso em 10 nov. 22

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

BRASIL. **Lei nº 8.069**, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Último acesso em: 10 nov. 2022.)

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 90/1999**, de 09 de março de 1999 que dispõe sobre a Reprodução Assistida. Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/1304>. Último acesso em 10 nov. 22

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 749/11**, de 21 de dezembro de 2011 que altera a Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil -, para dispor sobre a utilização *post mortem* do sêmen do marido ou companheiro. Brasília: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3786115&ts=1630426542814&disposition=inline>. Último acesso em 10 nov. 22

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 1.918.421**, Relator: Ministro Marco Buzzi, 4ª Turma. Brasília. Julgamento em 08/06/2021. Publicação em 26/08/2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira D. **Direito das Sucessões**. 4ed. São Paulo: Grupo GEN, 2019. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597017328/>. Acesso em: 31 out. 2022. p.203.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito Das Famílias**. 15ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2022.

DINIZ, Maria Helena. **O Estado Atual do Biodireito**. 10ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais**. 1ed. São Paulo: Renovar, 2003. p.532.

GONÇALVES, Carlos R. **Direito Civil Brasileiro - Direito de Família**. 18 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. p. 11. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555590210/>. Acesso em: 02 out. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. **As inovações biotecnológicas e o direito das sucessões**. 2007. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/290/As+inova%C3%A7%C3%B5es+biotecnol%C3%B3gicas+e+o+direito+das+sucess%C3%B5es%2A>. Acesso em: 31 out. 22

KRASNOW, Adriana Noemi. **Filiación: determinación de la maternidad y paternidad – Acciones de filiación – Procreación asistida**. Buenos Aires: La Ley, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões**. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 110.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil: Famílias**. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 204.

LÔBO, Paulo Luiz N. **Direito Civil: Sucessões**. 8ed. São Paulo: Editora SaraivaJur, 2022. p.57. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555596809/>. Acesso em: 28 out. 2022.

MACHADO, Costa; CHINELLATO, Silmara J. **Código civil interpretado: artigo por artigo, parágrafo por parágrafo**. 15 ed. Barueri: Editora Manole, 2022. p.1467. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555767339/>. Acesso em: 26 out. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2021. p.84. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559640515/>. Acesso em: 01 out. 2022.

MADALENO, Rolf. **Sucessão Legítima**. 2 ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. E-book. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530990558/>. Acesso em: 29 out. 2022.

MORAES, Carlos Alexandre. **Responsabilidade Civil dos Pais na Reprodução Humana Assistida**. 1ed. São Paulo: Grupo GEN, 2018. p.76. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982959/>. Último acesso em: 10 nov. 2022

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p 423.

PEREIRA, Rodrigo da C. **Direito das Famílias**. 2. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p.85. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992996/>. Acesso em: 02 out. 2022.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva. **Estatuto da Reprodução Assistida**. São Paulo: Saraiva, 2012. p.302.

SCALQUETTE, Ana Cláudia Silva; SCALQUETTE, Rodrigo Arnoni. **Biociência, Biodireito e Liberdades Individuais: novas fronteiras da ciência jurídica**. 1ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. v.01

TERMO DE AUTENTICIDADE DO TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Eu, Júlia Caldini

discente regularmente matriculado(a) na disciplina TCC II, da 10ª etapa do curso de Direito, matrícula nº (31864171), período (manhã), turma B, tendo realizado o TCC com o título: Reprodução Humana Assistida Post Mortem E Os Efeitos No Direito Sucessório sob a orientação do(a) Professor(a) Nuncio Theophilo Neto declaro para os devidos fins que tenho pleno conhecimento das regras metodológicas para confecção do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), informando que o realizei sem plágio de obras literárias ou a utilização de qualquer meio irregular.

Declaro ainda que, estou ciente que caso sejam detectadas irregularidades referentes às citações das fontes e/ou desrespeito às normas técnicas próprias relativas aos direitos autorais de obras utilizadas na confecção do trabalho, serão aplicáveis as sanções legais de natureza civil, penal e administrativa, além da reprovação automática, impedindo a conclusão do curso.

São Paulo, 11 de novembro de 2022.

DocuSigned by:

CCBCA36DB10447F...

Assinatura do discente